

Antonio Vallebona

UNA BUONA SVOLTA DEL DIRITTO DEL LAVORO: LA LEGGE

N. DEL 2010

Sommario: 1. Il diritto del lavoro tra conflitto e solidarietà. – 2. Alla ricerca della certezza: norme a precetto generico; certificazione e volontà assistita; giustificazione del licenziamento. – 3. La decadenza per l'introduzione del giudizio. – 4. L'indennità per il termine nullo. – 5. L'arbitrato.

* * *

1. Il diritto del lavoro tra conflitto e solidarietà.

Come diceva Giugni trenta anni fa (1): “il diritto del lavoro italiano appare come il prodotto di una stratificazione alluvionale” (pag. 375); “lo sviluppo alluvionale prima descritto ha posto in essere una serie di antinomie” (pag. 397); il diritto del lavoro italiano “ha alcuni contenuti di elevata irrazionalità economica” (pag. 386); “lo statuto dei lavoratori presenta molti lati di ambiguità, perché nel momento in cui volle opporre al potere dell'imprenditore un contropotere in realtà di contropoteri ne mise in atto due: uno fu quello del sindacato, l'altro quello del giudice” (pag. 381); “venne teorizzato l'uso alternativo del diritto, un metodo che avrebbe allargato l'area delle contraddizioni, per ampliare il terreno dello <<scontro>> fino alla soluzione finale” (pag. 358); “la concezione dominante del sindacato è quella conflittuale” (pag. 383); “anche il rapporto individuale di lavoro viene prevalentemente costruito sul fondamento conflittuale” (pag. 389); “i vari aspetti del pluralismo conflittuale vanno quanto meno rivisitati alla luce del venire meno delle condizioni eccezionali di espansione delle economie occidentali dopo il 1945, sul cui terreno tale concezione del sindacato e dell'azione sindacale avevano piantato solide, ma non eterne radici” (pagg. 404-

405), “nella evoluzione verso forme di economia concertata la conseguenza non potrebbe essere che nel senso ... di una diversa valorizzazione di istituzioni partecipative o di controllo, anche a livello d’impresa. La stessa concezione del sindacato come <<contropotere>> potrebbe trovarsi rimessa in discussione” (pag. 405); “l’evoluzione del sindacato da agente della contestazione in agente della trasformazione e il rapporto tra conflitto e partecipazione. Si tratta in sostanza della linea di evoluzione a più alta densità problematica” (pag. 408).

In questi trenta anni, però, l’evoluzione indicata, nonostante alcuni interventi di buona volontà, è rimasta bloccata dal tabù del conflitto a livello collettivo e a livello individuale. Sono stati vittime del terrorismo gli economisti e i giuristi per i quali la cura dell’interesse generale poteva richiedere limiti e alternative al conflitto (Tarantelli 1985, D’Antona 1999, Biagi 2002). E lo stesso Giugni subì un attentato (1983) solo per caso non mortale.

Il conflitto è diabolico, perché disordina e divide. Va accettato solo quando è inevitabile, ma qualsiasi ordonamento viene meno alla sua funzione sacra se accresce l’incertezza e il conflitto invece di ridurli (2).

I diritti dei lavoratori sono fondamentali, ma è altrettanto fondamentale il dovere di solidarietà contro qualsiasi esasperazione e strumentalizzazione del conflitto.

Ora, finalmente, la legge del 2010 introduce norme importanti, dirette a tutelare certezza e lealtà dei rapporti anche mediante una gestione rapida e condivisa delle controversie.

2. Alla ricerca della certezza: norme a precetto generico; certificazione e volontà assistita; giustificazione del licenziamento.

A) La disposizione del primo comma dell’art. 30 della legge n. /2010 riguarda le “clausole generali” in qualsiasi materia relativa al lavoro privato e pubblico privatizzato.

L’espressione “clausole generali” entra, così, nel linguaggio legislativo, per indicare, al di là del più ristretto significato tradizionale, qualsiasi norma contenente un precetto

generico, quali, a mero titolo di esempio, le ragioni tecniche, organizzative o produttive richieste per il licenziamento per motivo oggettivo, per il trasferimento spaziale, per il lavoro a termine, per la somministrazione a termine oppure la nozione di ramo d'azienda oppure quella di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo di licenziamento oppure quella di progetto necessario per il lavoro continuativo e coordinato oppure la proporzionalità tra infrazione e sanzione per il corretto esercizio del potere disciplinare.

L'argomento è scottante, perché sono proprio le norme a precetto generico a veicolare quella esiziale incertezza inevitabilmente derivante dall'apprezzamento discrezionale del singolo magistrato. Senza possibilità di intervento nomofilattico della Cassazione, poiché, per usare le parole di Falzea, la fattispecie è "intrisa di fatto".

La disposizione in esame si limita a vietare che il controllo giudiziale sia "esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente". E ciò "in conformità ai principi generali", appunto applicati in questo senso da un consolidato orientamento giurisprudenziale. Sicché la disposizione non è innovativa, ma recepisce questo orientamento in via generale, dopo le analoghe specifiche norme sulla somministrazione e sul lavoro a progetto (art. 27, comma 3, e art. 69, c. 3, d.lgs n. 276/2003).

L'incertezza applicativa delle "clausole generali", che significa imprevedibilità della decisione, rimane quasi invariata.

B) Il medesimo fine di riduzione dell'incertezza, e quindi del conflitto, conseguenti alle norme a precetto generico è perseguito dal legislatore con l'istituto della certificazione, la cui funzione è ora ribadita ed estesa (art. 32, commi 2 e 4; art. 33, comma 15). Ma persiste il limite intrinseco proprio di una mera qualificazione non sottraibile al controllo del giudice, il quale, appunto, può superare tale qualificazione in caso di erroneità o di attuazione difforme dal contratto certificato.

Mentre è completamente diversa la tecnica della volontà assistita, che attiene non alla qualificazione ma al contenuto del contratto individuale di lavoro, come ora risulta dalla ammissione di alcune sue clausole solo se certificate (artt. 30, comma 3, per le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo; art. 31, comma 8, per le clausole compromissorie).

A prescindere dal merito delle due ipotesi specifiche, appare di grande rilievo sistematico per la disciplina del rapporto di lavoro l'introduzione di questa tecnica, finora utilizzata solo con riferimento ad atti estintivi, modificativi o dispositivi (dimissioni contigue al matrimonio o alla nascita del figlio; trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale; rinunzie e transazioni). La volontà assistita può avere, infatti, svolgimenti importanti, al fine di calibrare la disciplina del singolo rapporto alle effettive esigenze delle parti, sottraendola, entro giusti limiti, alla oppressiva uniformità della norma comune inderogabile, così non superata, ma valorizzata come criterio di riferimento per oneste e affidabili regole specifiche, fonti di certezza e vero efficace strumento di prevenzione del conflitto.

- C) Sempre al fine di ridurre l'incertezza derivante da norme a precetto generico, la legge non introduce tipizzazioni legali come invece ha fatto per il lavoro pubblico (d. l.g.s. 150/2009), ma intende valorizzare le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento contenute nei contratti collettivi e nei contratti individuali certificati (art. 30, comma 3).

La nuova disposizione dice solo che "il giudice tiene conto" di queste tipizzazioni.

Anche qui, dunque, non c'è innovazione ma viene recepito un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui, stante l'assenza di un rinvio della legge ad altre fonti, il giudice deve applicare direttamente le nozioni legali di giusta causa e di giustificato motivo senza essere vincolato dalle tipizzazioni collettive, dovendo, tutt'al più, motivare, come dovrà fare anche ora, lo scostamento da tale mero parametro valutativo.

La nuova disposizione, dunque, non riduce la discrezionalità del giudice ed, anzi, la salvaguarda ulteriormente. Infatti le tipizzazioni collettive di cui tenere conto sono, ora, solo quelle contenute nei contratti collettivi “stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi”. Ed anche le tipizzazioni contenute nei contratti individuali, certamente ammissibili anche in precedenza quali indicazioni della particolare rilevanza di un determinato compito ai fini della gravità del relativo inadempimento, sono ora solo quelle previste nei contratti certificati.

Resta ferma la disposizione dell’art. 12 della legge n. 604/1966 circa la salvezza delle clausole collettive più favorevoli ai lavoratori, sicchè anche ora se il contratto collettivo prevede per una infrazione una sanzione solo conservativa il giudice non può ritenere giustificato il licenziamento ai sensi di legge neppure valorizzando circostanze aggravanti che non modificano la fattispecie e rientrano, quindi, nella valutazione collettiva. Ovviamente restano vincolanti anche le clausole di miglior favore contenute nel contratto individuale anche se non certificate.

La disposizione in esame contiene una opportuna aggiunta prescrivendo al giudice di tenere conto anche “delle fondamentali regole del vivere civile e dell’oggettivo interesse dell’organizzazione”. Si tratta, anche qui, della recezione alla lettera del consolidato orientamento giurisprudenziale sul licenziamento per inadempimento, secondo cui per le violazioni di quelle regole e di quell’interesse non è richiesta la predeterminazione nel codice disciplinare e la relativa affissione. In particolare, qui, l’ “oggettivo interesse dell’organizzazione” liberamente scelto dall’imprenditore corrisponde all’ “interesse dell’impresa” indicato nell’art. 2104 cod. civ. quale criterio di commisurazione della diligenza del lavoratore. Pertanto meraviglia la, a dir poco superficiale, opinione secondo cui la disposizione si riferirebbe al giustificato motivo oggettivo, che con le tipizzazioni in questione non c’entra affatto, ed introdurrebbe la facoltà del giudice di controllare le

scelte economico-organizzative dell'imprenditore, invece espressamente esclusa nel ricordato primo comma del medesimo art. 30.

2. La decadenza per l'introduzione del giudizio

Nelle controversie in cui l'importo dovuto cresce con il decorso del tempo si assisteva da parte dei lavoratori ad un indecente fenomeno di differimento dell'introduzione del giudizio al fine di lucrare il più possibile senza lavorare. Si trattava, soprattutto ma non esclusivamente, di controversie in materia di licenziamento e di lavoro a termine, con riferimento al risarcimento parametrato alle retribuzioni perdute.

Un diffuso lassismo giurisprudenziale aveva agevolato questa distorsione, sia ponendo a carico del datore di lavoro la rigorosa prova dell'eventuale *aliunde perceptum* o *percipiendum*, salvo alcune encomiabili presunzioni di quest'ultimo dopo un certo tempo, sia, soprattutto, svalutando il significato della mera inerzia giudiziale del lavoratore quale condotta attestante il disinteresse per il rapporto e la conseguente risoluzione consensuale dello stesso, salvo casi eclatanti di inerzia durata molti anni e/o accompagnata da altre univoche circostanze.

Ora le disposizioni dell'art. 32 della legge n. /2010 hanno finalmente arrestato questa speculazione, imponendo a pena di decadenza l'introduzione del giudizio entro un termine ragionevole.

E, così, ad un primo termine di sessanta giorni per l'impugnazione scritta stragiudiziale, si è aggiunto un secondo termine di centottanta giorni per l'introduzione del giudizio o per la comunicazione alla controparte della richiesta di conciliazione o arbitrato, con la previsione in questo caso di un ulteriore termine di sessanta giorni per l'introduzione del giudizio in caso di rifiuto o di mancato accordo, da riferirsi ovviamente

anche alla mancata conciliazione (art. 32, comma 1, che ha così novellato i primi due commi dell'art. 6 legge n. 604/1966).

Questa disposizione è un po' farraginoso ed il termine appare francamente troppo lungo (si può arrivare fino a trecento giorni, cioè ben dieci mesi) nell'era della informatizzazione, specie se confrontato con il termine di sessanta giorni per l'impugnazione degli atti amministrativi già vigente quando non esisteva il telefono e si viaggiava in carrozza.

La disposizione si applica, opportunamente, a vari tipi di controversie, il cui furbo differimento potrebbe essere fonte di ingiusto lucro. Sono elencate, così, le controversie relative a: tutti i licenziamenti invalidi o inefficaci (art. 32, comma 2), compresi quelli a causa di matrimonio e quelli orali o senza la comunicazione dei motivi richiesti, finora esclusi da una consolidata giurisprudenza perfino dall'onere di impugnazione stragiudiziale; i licenziamenti la cui configurabilità presuppone l'accertamento di un lavoro subordinato o della illegittimità del termine (art. 32, comma 3, lett. a); il recesso del committente dal contratto parasubordinato anche a progetto (art. 32, comma 3, lett. b); il trasferimento spaziale del lavoratore con termine decorrente dalla comunicazione del trasferimento (art. 32, comma 3, lett. c); la novazione soggettiva *ex lege* conseguente al trasferimento di azienda, impropriamente definita "cessione di contratti di lavoro", con termine decorrente dalla data del trasferimento (art. 32, comma 4, lett. c); l'interposizione vietata, la somministrazione illegittima e ogni altro caso in cui "si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto" (art. 32, comma 4, lett. d), qui mancando l'indicazione del momento da cui decorre la decadenza, da identificarsi con quello della conclusione del contratto con l'interposto.

L'ipotesi più delicata è quella relativa alla nullità del termine, comunque apposto al contratto di lavoro, in base al richiamo agli articoli 1, 2 e 4 del d. lgs. 368/2001 che è omnicomprendente, con decorrenza dalla scadenza del termine (art. 32, comma 3, lett. d).

La decadenza si applica anche ai contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della nuova legge con decorrenza anche qui dalla scadenza del termine (art. 32, comma 4, lett. a), quindi senza alcun problema per il lavoratore che conosce la regola prima di doversi attivare per rispettarla. Per questa stessa ragione non crea problema neppure l'estensione della decadenza ai contratti stipulati (anche in forza di norme previgenti al d. lgs. 368/2001) e conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova legge, poiché in questo caso il termine di decadenza decorre dalla data di entrata in vigore della legge stessa (art. 32, comma 4, lett. b).

Le perplessità relative alle serie di contratti a termine sono infondate, perché da un lato sessanta giorni sono più che sufficienti al lavoratore per valutare, anche con l'assistenza di un legale, la convenienza della impugnazione stragiudiziale del termine anche rispetto alla opportunità di nuove assunzioni, e dall'altro lato il limite massimo complessivo di trentasei mesi opera comunque, cumulandosi anche contratti legittimi o non impugnati.

3. L'indennità per il termine nullo

A) Il termine di decadenza per l'introduzione del giudizio non risolve tutti i problemi delle controversie a importo crescente, poiché il processo può durare a lungo, considerando anche che il lavoratore soccombente in primo grado può riuscire successivamente vittorioso.

Ed allora, per la sola ipotesi del termine nullo, è stato introdotto un regime speciale con la disposizione dell'art. 32, comma 5, secondo cui "in caso di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto", da liquidare con i criteri dell'art. 8 legge 604/1966.

L'espressione gergale "conversione del contratto a tempo determinato" è comunque chiara ed indica la fattispecie regolata. Pertanto la norma non esclude la "conversione", ma la disciplina in modo speciale rispetto al diritto comune.

L'"indennità" assorbe qualsiasi "risarcimento", come risulta dall'aggettivo "onnicomprendente". Quindi anche il risarcimento da *mora accipiendi* per il periodo dalla fine del lavoro alla sentenza dichiarativa della nullità del termine, secondo la qualificazione del consolidato orientamento anche delle Sezioni Unite, che coerentemente ammette la detrazione dell'*aliunde perceptum e percipiendum*.

Pertanto non è proponibile una valutazione in termini di retribuzione con riferimento all'art. 36 Cost., anche perché qui manca la prestazione.

Del resto la ragionevolezza del regime speciale, sotto tutti i punti di vista, è sicura perché sostituisce la liquidazione del risarcimento, finora effettuata caso per caso dal giudice anche mediante presunzioni semplici sull'*aliunde perceptum e percipiendum*, con una indennità comunque dovuta a prescindere da un danno effettivo ed i cui limiti predeterminati dal legislatore tengono conto del vantaggio per il lavoratore derivante dal mantenimento della regola di "conversione" e dell'incertezza a carico del datore di lavoro derivante dal precetto generico sulla giustificazione del termine.

Non sussiste, dunque, alcun problema di costituzionalità, poiché la regola di nullità parziale necessaria del termine illegittimo non è costituzionalmente obbligata e,

comunque, resta salva, seppure ormai con gli effetti di diritto comune solo *ex nunc* dal momento della sentenza, secondo l'insindacabile discrezionalità del legislatore che per il periodo precedente ha stabilito opportunamente un regime speciale.

Né si pongono problemi di conformità al diritto comunitario, che da un lato lascia al legislatore nazionale la scelta di prevedere "se del caso" la trasformazione in contratto a tempo indeterminato della serie illegittima di contratti a termine, come è stato riconosciuto proprio per l'esclusione di tale regola nella disciplina italiana del lavoro pubblico, e dall'altro lato consente arretramenti anche del livello generale di tutela purchè riferibili ad un "valido motivo", qui, come si è visto, addirittura macroscopico.

B) Appare razionale anche la riduzione alla metà dell'indennità in esame, qualora, secondo la lettura preferibile, il lavoratore già occupato a termine scelga di non avvalersi del diritto all'assunzione a termine o a tempo indeterminato previsto dal contratto collettivo preferendo valere la nullità del termine con le conseguenze di legge (art. 32, comma 6). Non è lesa, infatti, il diritto di azione in giudizio e resta salvo, in caso di vittoria del lavoratore, l'accertamento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, riducendosi solo l'indennità per il passato quale incentivo alla adesione alla soluzione pacifica concordata dalle organizzazioni sindacali "comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". E certo ben può il legislatore, nella sua insindacabile discrezionalità, disporre questo incentivo per la gestione collettiva del contenzioso seriale, attenta ai veri interessi del personale e delle aziende. Solo una persistente nefasta idolatria del conflitto esasperato potrebbe disconoscere l'alto valore sistematico della disposizione in esame.

C) Le disposizioni, generale e speciale, sull'indennità si applicano anche ai "giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge", con rimessione in termini per ogni occorrenza (art. 32, comma 7). Questa efficacia retroattiva è pienamente

legittima, non trattandosi di norma penale ed essendo assolutamente ragionevole che il regime speciale investa anche il passato, proprio per rimediare ai guasti che deriverebbero da una ulteriore applicazione della disciplina previgente. Piuttosto la norma va intesa come riferita solo ai giudizi pendenti in primo grado, come risulta dalla espressa previsione di integrabilità di domande ed eccezioni e non dei motivi di impugnazione.

5. L'arbitrato.

A) In Italia dopo la Costituzione si sono contrapposte due ideologie: da un lato quella della CGIL e della dottrina fiancheggiatrice di orientamento comunista, fautrice delle tutele di fonte legale, se non addirittura desunte dai principi generali della Costituzione, e della loro effettività mediante la giurisdizione statale; dall'altro lato quella della CISL e della dottrina moderata di ispirazione cattolica, fautrice della sussidiarietà della legge rispetto all'autonomia collettiva e della amministrazione collettiva anche arbitrale delle tutele.

Fino alla legge n. 300/1970 è prevalsa la prima ideologia.

A cavallo tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso la legge (n. 604/1966; n. 300/1970) intervenne con forza per limitare i poteri del datore di lavoro e introdusse il processo del lavoro (l. n. 533/1973) per una protezione celere ed effettiva dei diritti dei lavoratori.

L'arbitrato venne massacrato.

In proposito basta riportare, anche qui, alcune frasi di Giugni: “personalmente parlo di arbitro fin da un saggio del 1969, che suscitò una reazione irata negli ambienti del Pci, mentre ottenne il plauso entusiastico di Giulio Pastore. E continuo a ritenere quella arbitrale l'unica alternativa possibile ai meccanismi dilatori della giustizia

ordinaria” (3); “una legge rispondente alla stessa ispirazione dello statuto, e cioè quella sul processo del lavoro, restrinse sostanzialmente l’alternativa arbitrale, privilegiando il canale giudiziale-forensela barriera frapposta all’arbitrato irrituale da parte della l. n. 533/1973 rende quasi improponibile tale strumento come mezzo di intervento sulla microconflittualità” (4); “intorno al sindacato si era formata, negli anni precedenti alla riforma (del processo del lavoro), una grande *lobby* forense, che ha sempre avversato l’arbitrato. La riforma processuale del 1973 è nata e si è retta su di un compromesso: una forte cooperazione del sindacato e dei suoi avvocati, che effettivamente è stata indispensabile per la sua attuazione, ma a condizione che si massacrasse l’arbitrato” (5).

B) Questo massacro venne realizzato con gli artt. 4 e 5 della legge n. 533 del 1973:

- a) Monopolio sindacale. L’arbitrato rituale veniva ammesso “solo se ciò sia previsto con contratti e accordi collettivi di lavoro” (art. 808, c. 2, cod. proc. civ., come novellato dall’art. 4 legge n. 533/1973). L’arbitrato irrituale era ammesso “soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero dai contratti e accordi collettivi” (art. 5, c. 1, legge n. 533/1973).
- b) Divieto della clausola compromissoria e, quindi, arbitrato a scelta libera delle parti di ciascuna controversia . Ciò veniva realizzato, per entrambi i tipi di arbitrato, con la identica formula “senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l’autorità giudiziaria” (art. 808, c. 2, cod. proc. civ., come novellato dall’art. 4 della legge n. 533/1973 per l’arbitrato rituale; art. 5, c. 1, legge n. 533/1973 per l’arbitrato irrituale).
- c) Impugnabilità del lodo per violazione di disposizioni inderogabili di legge e di contratti e accordi collettivi (art. 808, c. 3, cod. proc. civ., introdotto dall’art. 4 legge n. 533/1973 per l’arbitrato rituale; art. 5, c. 2, legge n. 533/1973 per l’arbitrato irrituale,

addirittura travolgibile con una mera impugnazione stragiudiziale ex art. 2113 cod. civ., richiamato dal comma 3 del medesimo art. 5).

Di questi tre limiti inderogabili quello decisivo per il massacro dell'arbitrato era l'ultimo. Infatti un lodo arbitrale impugnabile innanzi al giudice per violazione delle disposizioni legali e collettive relative al merito della controversia non serve a nulla, poiché è sempre il giudice ad avere l'ultima parola. Ed allora tanto vale rivolgersi direttamente al giudice, come in effetti è avvenuto in questi quaranta anni salvo casi sporadici, come per l'arbitrato relativo al licenziamento dei dirigenti, specie assicurativi quando il relativo collegio era autorevolmente presieduto dal prof. Pera.

C) Alla fine degli anni '90 il legislatore, al fine di ridurre il contenzioso giudiziario, era intervenuto sulla disciplina dell'arbitrato irrituale, cercando di renderlo più appetibile. Ma in modo insufficiente e, quindi, inutile.

Erano stati, così, abrogati i commi 2 e 3 dell'art. 5 della legge n. 533/1973 (art. 43, c. 7, d.lgs. n. 80/1988; art. 72, c. 1, lett. c, d.lgs. n. 165/2001) relativi all'impugnabilità del lodo irrituale per violazione di norme inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi.

Ed anche la contestualmente reintrodotta impugnabilità del lodo per violazione solo di legge (art. 412 quater, c. 1, cod. proc. civ., nel testo di cui all'art. 39 d. lgs. n. 80/1998) era stata subito eliminata (art. 414 quater, c. 1, nel testo di cui all'art. 19, c. 14, d.lgs. n. 387/1998).

Ma, nonostante questa inequivoca vicenda legislativa, una interpretazione sleale aveva sostenuto che le controversie sulla "validità del lodo" di cui all'art. 414 quater, c. 1, cod. proc. civ. fossero ancora quelle per la violazione di norme inderogabili di legge relative al merito della controversia.

E, soprattutto, essendo stato salvato il monopolio sindacale dell'arbitrato irrituale (art. 5, c.1, legge n. 533/1973, non abrogato; art. 414 ter, c. 1, cod. proc. civ.), i contratti ed accordi collettivi si erano affrettati a prevedere l'impugnabilità del lodo per violazione di norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, facendo così rientrare dalla finestra l'instabilità, e conseguente inappetibilità, del lodo che era uscita dalla porta.

Mentre per l'arbitrato rituale in materia di lavoro era lo stesso legislatore a prevedere l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia e per violazione dei contratti e accordi collettivi (art. 829, c. 4 e 5, cod. proc. civ. come novellato dal d.lgs. n. 40/2006, ma già in precedenza art. 808, c. 2, cod. proc. civ., nella parte novellata dalla legge n. 25/1994).

D) Ora con l'art. 31 della legge /2010 la idolatria per la giustizia statale in materia di lavoro è stata finalmente superata.

L'insistenza su una conciliazione stragiudiziale minuziosamente regolata è abbastanza inutile, poiché le parti continueranno a conciliare solo quando avevano già deciso autonomamente di fare. Come finisce per riconoscere lo stesso legislatore con la trasformazione del tentativo da obbligatorio in facoltativo (art. 410, comma 1, cod. proc. civ., nel testo novellato dall'art. 31, comma 1: "può" invece che "deve"; abrogazione degli artt. 410 bis e 412 bis cod. proc. civ. ad opera dell'art. 31, comma 14).

Il tentativo obbligatorio è eliminato anche per il lavoro pubblico privatizzato, cui è esteso il regime dell'art. 410 cod. proc. civ. nuovo testo, con contestuale abrogazione degli artt. 65 e 66 d.lgs. n. 165/2001 (art. 31, comma 8). Sempre per il lavoro pubblico è opportunamente ribadito che la conciliazione "non può dar luogo a responsabilità, salvo i casi di dolo e colpa grave", con giusta estensione di questa regola anche alla conciliazione giudiziale (art. 410, ultimo comma, cod. proc. civ., nuovo testo).

Il tentativo di conciliazione resta obbligatorio solo per le controversie relative a contratti di lavoro certificati (art. 31, c. 2), al fine di rafforzare gli effetti della certificazione.

Di grande rilievo, se sarà effettivamente applicata, è la previsione per cui il giudice, alla prima udienza, non si deve limitare a tentare la conciliazione, ma deve anche formulare alle parti una proposta transattiva (art. 420, primo comma cod. proc. civ., come novellato dall'art. 31, comma 4). Infatti il potere di convincimento da parte di chi, in caso di rifiuto della propria proposta, deve decidere la lite è molto forte, a differenza della noncuranza con cui vengono e verranno trattate le proposte del mero conciliatore. Da questo punto di vista il tentativo di conciliazione da parte del collegio arbitrale (art. 412 quater, comma 8, cod. proc. civ., nel testo novellato dall'art. 31, comma 7) è efficace come quello del giudice.

E) La rivalutazione dell'arbitrato irrituale passa, innanzitutto, per l'eliminazione del monopolio sindacale, come inevitabile conseguenza della ricordata ostinazione nel riproporre nei contratti collettivi la impugnabilità del lodo per violazione delle regole legali e collettive relative al merito della controversia.

Ora l'arbitrato irrituale è consentito, oltre che in base alle previsioni dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative (art. 412 ter cod. proc. civ., novellato dall'art. 31, comma 6), sia innanzi alla commissione istituita presso la Direzione provinciale del lavoro (art. 412 cod. proc. civ., novellato dall'art. 31, comma 5), sia innanzi ad un collegio costituito ad iniziativa delle parti della controversia individuale (art. 412 quater cod. proc. civ., come novellato dall'art. 31, comma 7), sia innanzi alla camere arbitrali istituite dagli organi di certificazione (art. 31, comma 10).

Tutti questi arbitrati sono espletabili anche per le controversie di lavoro pubblico privatizzato (art. 31, commi 8 e 10).

F) L'altra fondamentale liberazione dell'arbitrato irrituale consiste nella prevista facoltà delle parti di concordare che "il lodo è impugnabile ai sensi dell'art. 808 ter" (art. 412, comma 4; art. 412 quater, comma 10), cioè senza poter denunciare al giudice la violazione delle regole legali e collettive relative al merito della controversia.

Si tratta del normale regime impugnatorio dell'arbitrato "irrituale" costituito ad iniziativa delle parti (art. 412 quater, comma 1). Il medesimo regime è richiamato espressamente ("ai sensi dell'articolo 808 ter") per l'arbitrato presso le camere arbitrali degli organismi di certificazione (art. 31, comma 10).

Il lodo arbitrale irrituale è definito espressamente "determinazione contrattuale" e "lodo contrattuale" dalle relative disposizioni del codice di procedura civile (art. 808 ter, commi 1 e 2).

Sicché è del tutto normale che questo lodo - al contrario del regime del lodo rituale (art. 829, commi 4 e 5, cod. proc. civ.) di cui per scrupolo il legislatore prevede la derogabilità (art. 412, comma 4; art. 412 quater, comma 10) - non sia impugnabile per violazione delle regole di diritto e collettive relative al merito della controversia, ma solo per invalidità o violazione della convenzione arbitrale, eccesso dal mandato, nomina degli arbitri in difformità dalla convenzione, incapacità legale degli arbitri, violazione del principio del contraddittorio (art. 808 ter, comma 2).

Pertanto la doglianza sulla concordata inoppugnabilità del lodo per violazione delle norme legali e collettive relative al merito della controversia va subito seppellita sotto un pesante "*blasphemant quod ignorant*".

L'arbitrato con il ricordato regime di limitata impugnabilità del lodo è sempre liberamente scelto dalle parti, sicché non si pone alcun problema di costituzionalità.

E neppure sul piano dell'opportunità può essere discussa la scelta delle parti di far decidere la controversia "secondo equità nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento" (art. 412, comma 2; art. 412 quater, comma 3). Altrimenti si dovrebbe negare alle parti anche la possibilità di transigere la controversia, invece espressamente riconosciuta con l'assistenza di un terzo affidabile (art. 2113 cod. civ.), come è per definizione anche l'arbitro. Si tratta sempre di una definizione "contrattuale" della lite, in un caso alle condizioni convenute direttamente dalle parti e nell'altro secondo la valutazione di un terzo liberamente scelto a tal fine dalle parti medesime.

In entrambi i casi non è in alcun modo calpestata l'inderogabilità delle norme protettive, che non esclude affatto la disponibilità dei diritti soggettivi derivanti dalle stesse.

Lo "scandalo" per una definizione della lite secondo equità senza controllo del giudice risulta ancora più avventuroso con riferimento a tutta le numerose importanti disposizioni a precetto generico (ad es. giustificazione del licenziamento, del trasferimento, del termine, della somministrazione, equivalenza delle mansioni), che inducono un'elevata discrezionalità del giudice di merito nell'apprezzamento del caso concreto, senza alcuna reale possibilità di controllo nomofilattico della Cassazione. Davvero non si capisce perché questa valutazione discrezionale sarebbe effettuata meglio da uno o più o giudici invece che dall'arbitro scelto da entrambi le parti.

Oltretutto l'arbitrato irrituale impugnabile solo ex art. 808 ter cod. proc. civ. era previsto anche nell'art. 26 del disegno di legge dei senatori Treu e altri n. 959/2008, sicché l'attuale levata di scudi lascia ancora più perplessi. Si ha la netta sensazione che si tenti di risuscitare, per ragioni politiche e non tecniche, la vecchia idolatria

ideologica per l'accertamento giurisdizionale dei diritti con accantonamento di ogni altro strumento di risoluzione delle controversie.

G) Qualche considerazione specifica merita la clausola compromissoria prevista nell'art. 31, comma 8, mediante la quale le parti del contratto individuale possono devolvere una volta per tutte ad arbitri qualsiasi futura controversia nascente dal contratto, così escludendo anticipatamente in proposito il ricorso al giudice.

Si tratta di uno strumento noto all'ordinamento, che ammette tale clausola per tutte le controversie suscettibili singolarmente di costituire oggetto di convenzione arbitrale (art. 808, comma 1, cod. proc. civ.), come è pacifico per le controversie di lavoro in virtù delle disposizioni già ricordate.

La clausola compromissoria è sicuramente conforme a Costituzione, poiché anche qui, come nel compromesso relativo ad una specifica controversia, l'arbitrato è liberamente scelto dalle parti e non imposto dalla legge.

Oltretutto, nel nostro caso, la clausola compromissoria è ammessa solo se "certificata" al fine di garantire "la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere in relazione al rapporto di lavoro".

Inoltre è prevista una disciplina di questa clausola compromissoria affidata agli "accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale", oppure, in caso di mancata stipulazione di tali accordi o contratti entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, ad un decreto del Ministro del lavoro, sentite le parti sociali.

Sicché mediante questa disciplina possono essere fugate le perplessità, non di ordine tecnico ma di opportunità, che la clausola compromissoria può suscitare.

Ovviamente questa disciplina di fonte collettiva o amministrativa non sostituisce il libero consenso certificato delle parti del contratto individuale, ma ne regola gli effetti.

H) Per finire un consiglio per la migliore utilizzazione dell'arbitrato irrituale nell'interesse comune.

Il vero valore aggiunto dell'arbitrato consiste nella risoluzione rapida e definitiva della controversia ad opera di una persona esperta e che gode della piena fiducia di entrambe le parti.

Pertanto, rispetto ai collegi arbitrali precostituiti presso la Direzione provinciale del lavoro (art. 412 cod. proc. civ.) o presso gli organi di certificazione (art. 31, comma 10) o in sede sindacale (art. 412 ter cod. proc. civ.), va privilegiato il modello del collegio costituito *ad hoc* ad iniziativa delle parti (art. 412 quater cod. proc. civ.).

Qui il ricorrente ha già la facoltà di impedire l'espletamento dell'arbitrato se non è raggiunto tra gli arbitri di parte l'accordo per la scelta del presidente, poiché solo a lui spetta, in tale ipotesi, chiederne la nomina al presidente del tribunale (art. 412 quater, comma 4). Mentre la parte convenuta ben può procedere all'accettazione dell'arbitrato solo se contestualmente viene effettuata la scelta concorde del terzo arbitro.

Del resto anche per gli arbitrati di fonte collettiva (art. 412 ter cod. proc. civ.), da collocarsi possibilmente nell'ambito degli enti bilaterali, è possibile ed auspicabile che sia fissata la regola per cui l'arbitrato può avere corso solo in caso di scelta concorde del presidente.

E per mitigare gli effetti della clausola compromissoria è opportuno che nella necessaria disciplina collettiva o amministrativa sia prevista non tanto l'esclusione di alcune controversie – come quelle sul licenziamento, che, invece, come si è detto, per la natura generica del precetto sono le più adatte alla devoluzione arbitrale – quanto l'indicazione già nella clausola del terzo arbitro, se mai, in considerazione della

proiezione nel tempo del patto, individuando più nomi nell'ordine per il caso in cui i precedenti non vogliano o non possano accettare l'incarico. E' opportuno anche che sia imposto alla clausola un limite temporale ragionevole, oltre il quale debba essere rinnovata se le parti lo vogliono.

NOTE

- (1) Giugni, Il diritto del lavoro negli '80, Giorn. dir. lav. rel. ind., 1982, 373.
- (2) Sia consentito, per brevità rinviare ad alcuni miei scritti in proposito: Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita, Dir. Lav., 1992, n. 6; Sicurezza del lavoro e insicurezza dell'impresa: la barbarie del diritto, Mass. giur. lav. 1995, n. 6; Il diritto del lavoro: uno spirito e due anime, Riv. it. dir. lav, 1996, I, 351; Alla ricerca della certezza perduta, Giur. it., 2000, n. 6; L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale in materia di lavoro Arg. dir. lav., 2001, n.1; Evoluzione del diritto del lavoro e crimini contro i giuslavoristi, Arg. dir. lav., 2002, n. 2; L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi, Riv. it. dir. lav., 2004, n.1; Tecniche normative e contenzioso lavoristico, Arg. dir. lav., 2005, n.1; Le tecniche normative nella disciplina del lavoro, in Atti del convegno omonimo, Torino, 2005; Conflitto e partecipazione, Riv. it. dir. lav., 2005, I, 307; Gli enti bilaterali: un seme di speranza da salvaguardare, Dir. rel. ind., 2006, n. 4; Parola d'ordine: salvare il processo del lavoro, Mass. giur. lav. 2007, 1; Interesse generale e concertazione, Arg. dir. lav., 2008, n.1; Panem et circenses: lo stato sociale della decadenza, Arg. dir. lav., 2008, 1049; Guerra e pace nel mondo del lavoro, Mass. giur. lav., 2009, 395; Fini e tecniche del diritto del lavoro, in I contratti di lavoro, Torino, 2009; Eguaglianza sostanziale e natura umana, Mass. giur. lav., 2010, 27.
- (3) Giugni, La lunga marcia della concertazione, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 31.
- (4) Giugni, Il diritto del lavoro negli anni'80, cit., pagg. 382 e 400.
- (5), Intervista, in Riv. it. dir. lav. 1992, I, pag. 438.